

Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar VOB Teil B: Beck'scher VOB-Kommentar VOB Teil B

von

Prof. Dr. Hans Ganten, Günther Arnold Jansen, Prof. Dr. Wolfgang Voit, Dr. Stefan Althaus, Ulrich Berger, Jörn Bröker, Dr. Tassilo Eichberger, Dr. Hans Funke, Cornelius Hartung, Wolfgang Junghenn, Roland Kandel, Dr. Angela Kölbl, Prof. Dr. Jürgen Kohler, Oliver Koos, Dr. Oliver N. Moufang, Dr. Jochen Rudolph, Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Rübmann, Dagmar Sacher, Tobias Wellensiek, Dr. Reinmar Wolff, Dr. Alexander Zahn

3. Auflage

Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar VOB Teil B: Beck'scher VOB-Kommentar VOB Teil B – Ganten / Jansen / Voit / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61344 9

steht insoweit ein **Dispositionsrecht** zu. Er muss den Personal- und Geräteeinsatz planen, aber auch den rechtzeitigen Einsatz der von ihm beauftragten Nachunternehmer und die bedarfsgerechte Lieferung der benötigten Baumaterialien und Bauteile. Die mehr oder weniger „automatische“ Verkürzung der Ausführungsfristen durch ändernde Anordnungen des Auftraggebers könnte aber zu einem ganz erheblichen und nicht mehr zumutbaren Eingriff in dieses Dispositionsrecht des Auftragnehmers führen, der den Arbeitsablauf auf der Grundlage der bisherigen Planung ganz anders vorgesehen und vorbereitet hatte und zu einer zeitlichen Anpassung – etwa weil er in den Nachunternehmerverträgen ebenfalls verbindliche Ausführungsfristen vereinbart hat – gar nicht imstande ist. Das gilt übrigens ebenso für die Behandlung von Minderleistungen im Sinne von § 2 Abs. 3 VOB/B. Die vorgeschlagene „Gleichbehandlung“ mit den Fällen der änderungsbedingten Leistungsmehrung, in denen eine Verlängerung der Bauzeit bejaht werde, erscheint nur auf den ersten Blick gerecht. Der Auftraggeber hat es in der Hand, ob er die Leistungsänderung anordnen will oder nicht. Er kann bei seiner Entscheidung auch die Auswirkungen auf die Leistungszeit und die Ausführungsfristen berücksichtigen und – wenn er diese Folgen nicht will – von der Änderungsanordnung absehen. Der Auftragnehmer ist dem einseitigen Anordnungsrecht des Auftraggebers aber ausgeliefert. Er kann die Anordnung nicht zurückweisen, weil ihm die zeitlichen Auswirkungen nicht passen. Das spricht dafür, eine mehr oder weniger „automatische“ Verkürzung der Ausführungsfristen auf Grund von änderungsbedingten Leistungsminderungen abzulehnen. So wie die zur Kooperation verpflichteten Parteien nach § 2 Abs. 5 VOB/B einen neuen Preis „unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten vereinbaren“ sollen, so haben sie sich auch bei änderungsbedingten Leistungsminderungen unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles über eine Anpassung der Ausführungsfristen zu verständigen. Das kann zu einer erheblichen Verschiebung der Ausführungsfristen führen, das kann aber auch dazu führen, dass diese von der Änderung unberührt bleiben.

E. Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 3 VOB/B

In der baurechtlichen Literatur wird über die Frage gestritten, ob § 1 Abs. 3 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle standhält oder nicht.¹⁶⁹ Das hängt nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB davon ab, ob die Regelung den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt bzw. ob sie – soweit anwendbar¹⁷⁰ – gegen die Regelungen der §§ 308, 309 BGB verstößt. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (Transparenzgebot).

I. Unangemessene Benachteiligung?

Eine unangemessene Benachteiligung ist gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen

¹⁶⁹ Bejahend: BGH 25. 1. 1996 VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 380; OLG Nürnberg BauR 2001, 409; *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 3 Rdn. 12 ff; *Leinemann* in *Leinemann* B § 1 Rdn. 46 unter Hinweis auf BGH 25. 1. 1996 VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 379; *Voit* in *Messerschmidt/Voit* § 1 VOB/B Rdn. 2; *Kapellmann/Schiffers* Bd 1 Rdn. 779; *Schulze-Hagen* Festschrift *Thode* S. 167, 171; *Thode* ZfBR 2004, 214, 218; *Armbrüster/Bickert* NZBau 2006, 153, 160; *Voit* Festschrift *Ganten* S. 261, 269; *Vygen* Festschrift *Ganten* S. 243, 254; *Oberhauser* BauR 2010, 314. Zweifelnd bzw. ablehnend: *Vygen* Bauvertragsrecht Rdn. 165; *v Minckwitz* BrBp2005, 170, 175; *Schulze-Hagen* Festschrift *Soergel* S. 259, 266 (anders aber später in Festschrift *Thode*, siehe oben); *Bruns* ZfBR 2005, 525 ff; *Kaufmann* BauR 2005, 1806 und Jahrbuch Baurecht 2006, 35, 55; *Oberhauser* BauR 2010, 314, 316.

¹⁷⁰ Zu Recht weist *von Rintelen* in *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 631 Rdn. 869 darauf hin, dass § 308 Nr. 4 BGB zugunsten des Werkunternehmers nicht unmittelbar anwendbar ist.

§ 1 Abs. 3

Änderungen des Bauentwurfs

Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

- 111 Dass die Regelung des § 1 Abs. 3 VOB/B schon im Prinzip mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist, lässt sich nicht feststellen. Der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung findet sich – wenn auch nicht hinreichend auf den Bauvertrag zugeschnitten¹⁷¹ – in § 631 Abs. 1 BGB. Danach wird durch den Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Eine Regelung über ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bestellers findet sich im gesetzlichen Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB nicht. Gleichwohl ist eine solche Regelung dem Gesetz aber nicht fremd. Die Parteien können ihre vertraglichen Abreden einvernehmlich nach Belieben abändern, das Gesetz hält sie an einer einmal getroffenen Abrede nicht fest. § 311 BGB gestattet auch einen einseitigen Änderungsvorbehalt.¹⁷² Im Einzelfall kann, insbesondere bei langfristig angelegten Verträgen, auch einer der Parteien ein Anspruch aus Treu und Glauben bzw. der daraus abzuleitenden Kooperationspflicht auf Abänderung und Anpassung des Vertrages zustehen.¹⁷³ Die Parteien sind auch nicht gehindert, einer von ihnen die Bestimmung der Leistung zu überlassen, § 315 Abs. 1 BGB. In § 308 Nr. 4 BGB hat der Gesetzgeber sogar eine ausdrückliche Regelung über entsprechende Abreden in AGB getroffen und sie für wirksam erklärt, wenn die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.¹⁷⁴ Die Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts verstößt daher nicht per se gegen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, insbesondere des Werkvertragsrechts. Vielmehr sind die Interessen des Auftragnehmers in aller Regel dadurch hinreichend gewahrt, dass ihm in § 2 Abs. 5 VOB/B ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung eingeräumt wird.
- 112 Dass die Regelung des § 1 Abs. 3 VOB/B aber in ihrer konkreten Ausgestaltung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers führt, lässt sich ebenfalls nicht sagen.
- 113 Der Umstand, dass das Änderungsrecht aus § 1 Abs. 3 VOB/B **nicht vom Vorliegen zwingender Gründe abhängig** ist, zwingt nicht zu der Annahme, dass die Regelung den Auftragnehmer unangemessen belastet. Zum einen unterliegt das Anordnungsrecht des Auftraggebers den bereits oben unter Rdn. 36 ff. dargelegten Grenzen und kann nur nach billigem Ermessen und im Rahmen des dem Auftragnehmer Zumutbaren ausgeübt werden. Zum anderen wird dem Auftragnehmer – unabhängig von den Gründen der Änderung – in § 2 Abs. 5 VOB/B ein Anspruch auf Anpassung seiner Vergütung „unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“ eingeräumt. Seine berechtigten Interessen sind damit im Regelfall hinreichend berücksichtigt, das Äquivalenzverhältnis bleibt gewahrt.¹⁷⁵
- 114 Dass in Einzelfällen der Auftragnehmer an eine **unauskömmliche Kalkulation gebunden** ist und auch mit der Änderungsanordnung verbundene Mehrleistungen zu unauskömmlich kalkulierten Preisen erbringen muss, zwingt ebenfalls nicht zu der Annahme, dass die Regelung ihn unangemessen benachteiligt. Zum einen dürfte die Vereinbarung unauskömmlicher Vertragspreise als Ausnahmefall anzusehen sein, der nicht zum Maßstab für die Inhaltskontrolle der Klausel gemacht werden darf. Zum anderen hat der Auftrag-

¹⁷¹ Voit Festschrift Ganten S. 261 ff.; Leupertz/Vygen Festschrift Franke S. 229 ff.

¹⁷² von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt B § 1 Rdn. 101 unter Hinweis auf S. Kamanabrou, Vertragliche Anpassungsklauseln, 2004, S. 46.

¹⁷³ BGH BauR. 1996, 378, 380; Nicklisch/Weick B 3 1 Rdn. 23; Kapellmann/Schiffers Bd. 2 Rdn. 1003 ff.; MüKo/Busche § 631 Rdn. 123; von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt B § 1 Rdn. 101 und im Ergebnis auch wohl in Messerschmidt/Voit Syst Teil H Rdn. 55 ff.

¹⁷⁴ So auch von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt B § 1 Rdn. 101 m. w. N.

¹⁷⁵ Kaufmann Jahrbuch Baurecht 2006, 35, 53 ff.

Änderungen des Bauentwurfs

§ 1 Abs. 3

nehmer sich mit Abschluss eines VOB-Vertrages auf einen Vertrag eingelassen, der – im Gegensatz zum BGB-Werkvertrag – ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers ausdrücklich vorsieht, dessen Folge die Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist und das „unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“. Er hat damit selbst die Ursache dafür gesetzt, dass im Einzelfall die angeordnete Leistungsänderung die „kalkulatorischen Defizite“ zu seinem Nachteil weiter verschärft. Von den Umständen des Einzelfalles hängt ab, ob der Auftragnehmer sich von den „unterkalkulierten“ Preisen lösen kann.¹⁷⁶ Insoweit wird auf die Ausführungen zu den Grenzen der Preisfortschreibung unter § 2 Abs. 5 VOB/B Rdn. 90 ff. verwiesen.

Eine unangemessene Benachteiligung ist daher in dieser Regelung nicht zu sehen.¹⁷⁷ Auch die damit korrespondierende Regelung des § 2 Abs. 5 VOB/B hält der BGH für nicht unangemessen.¹⁷⁸ **115**

II. Verstoß gegen das Transparenzgebot?

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung **nicht klar und verständlich** ist. **116**

Insoweit ist sicherlich einzuräumen, dass § 1 Abs. 3 VOB/B nicht als leuchtendes Beispiel für eine transparente und gut verständliche Klausel taugt.¹⁷⁹ Der Wortlaut lässt keinerlei Einschränkungen des Anordnungsrechts erkennen. Das **Zumutbarkeitserfordernis**, dem im Rahmen der Inhaltskontrolle erhebliche Bedeutung beigemessen worden ist, kommt im Wortlaut der Klausel auch nicht ansatzweise zum Ausdruck. Der **Begriff „Bauentwurf“** ist – vorsichtig formuliert – recht unscharf, unter den Baujuristen wird heftig darüber gestritten, was alles vom Bauentwurf umfasst ist und ob dazu auch die Bauumstände und die Bauzeit gehören (oben Rdn. 23 ff.). Gleichwohl ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu verneinen. **117**

Insoweit ist – wie schon unter Rdn. 32 ff. dargelegt – der besondere Rechtscharakter der VOB/B zu berücksichtigen, bei deren Auslegung die Rechtsprechung schon immer die für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätze nur mit erheblichen Einschränkungen angewandt hat. Sinn und Zweck der Regelung der §§ 305 ff. BGB ist es, ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen.¹⁸⁰ Es soll jeder Vertragspartei verwehrt sein, ihre wirtschaftliche Überlegenheit oder die Nachlässigkeit des Vertragspartners auszunutzen, indem sie diesen durch Einbeziehung von ihr vorformulierter Regelwerke unangemessen benachteiligt. Diese Erwägungen zum Schutzzweck der gesetzlichen Regelung lassen sich aber nicht uneingeschränkt auf die VOB/B übertragen. Es handelt sich nämlich nicht um ein Regelwerk, das eine der Parteien eronnen und zum eigenen Vorteil der anderen Partei vorgegeben hat. Es handelt sich vielmehr um ein Regelwerk, das von einem – allerdings mehr oder weniger – paritätisch besetzten Gremium aus Vertretern der Auftraggeber – und der Auftragnehmerseite – dem DVA – bereitgestellt wird und den Anspruch erhebt, eine in sich ausgewogene Regelung darzustellen. Man kann sicherlich darüber streiten, ob das in allen Fällen auch tatsächlich gelingt. Nicht streiten lässt sich aber darüber, dass die VOB/B seit Jahrzehnten in unzähligen Fällen zur Vertragsgrundlage gemacht worden ist und noch immer wird und das gleichermaßen von Auftraggebern und Auftragnehmern.¹⁸¹ Das hat sogar den Gesetzgeber dazu veranlasst, der VOB/B in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB eine ganz besondere Stellung einzuräumen und § 307

¹⁷⁶ So jedenfalls *Kapellmann/Schiffers* Bd 1 Rdn. 1030 ff und *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* B § 1 Rdn. 101 a; dazu auch *Oberhauser* BauR 2010, 314.

¹⁷⁷ So auch *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 3 Rdn. 16; *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* B § 1 Rdn. 101 a.

¹⁷⁸ BGH 25. 1. 1996 VII ZR 233/94.

¹⁷⁹ Dazu *Anker/Klingenfuß* BauR 2005, 1377; *Bruns* ZfBR 2005, 525.

¹⁸⁰ *Palandt/Grüneberg* Überbl vor § 305 Rdn. 7.

¹⁸¹ Dazu *Kniffka* Bauvertragsrecht Einf. v. § 631 Rdn. 30.

§ 1 Abs. 3

Änderungen des Bauentwurfs

Abs. 1 und 2 BGB unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar zu erklären. Diese hohe Akzeptanz rechtfertigt den Schluss, dass die für die Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätze, durch die ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit gewährleistet werden soll, auf die VOB/B nur zurückhaltend anzuwenden sind. Zu Recht hat die Rechtsprechung daher einige für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geltende Grundsätze auf die VOB/B faktisch nicht angewandt und insbesondere von einer strengen Prüfung auf hinreichende Transparenz immer wieder abgesehen. *Von Rintelen* spricht von der Sonderrolle der VOB/B, die mit ihrer Herkunft aus einer „Dienstvorschrift mit halbamtlichem Charakter“ zu erklären sei.¹⁸² Folgerichtig hat auch der BGH schon sehr früh erklärt, die VOB/B verfolge nicht einseitig die Interessen einer Partei, sie könne deshalb nicht ohne Weiteres mit einseitig gestellten Geschäftsbedingungen auf eine Stufe gestellt werden.¹⁸³ Der „rechtsnormähnliche Charakter“ der VOB/B, die abstrakt formulierte Regelungen für eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Bauvorhaben enthält, rechtfertigt es daher, auch bei der Prüfung auf Transparenz einen mildereren Maßstab anzulegen, als er ansonsten bei der Prüfung einseitig gestellter AGB üblich ist.

118 Bei der Prüfung, ob § 1 Abs. 3 VOB/B dem Transparenzgebot der § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt, muss überdies berücksichtigt werden, dass sich in jahrzehntelanger Übung unter den Baubeteiligten ein Verständnis vom Inhalt und der Reichweite der Regelung herausgebildet hat, das bei der Prüfung der Vorschrift auf hinreichende Transparenz nicht unberücksichtigt bleiben darf. Dass Änderungen des Bauentwurfs nur im Rahmen des Zumutbaren angeordnet werden dürfen und der Auftragnehmer unzumutbare Anordnungen zurückweisen darf, ergibt sich schon aus allgemein geltenden Grundsätzen – § 315 Abs. 1, §§ 242, 226 BGB – und ist auch ohne ausdrückliche Klarstellung in § 1 Abs. 3 VOB/B von den Baubeteiligten nie anders verstanden worden.¹⁸⁴ Eine ausdrückliche Klarstellung wäre daher vielleicht hilfreich, notwendig ist sie nicht. Auch der Begriff „Änderungen des Bauentwurfs“ ist weitgehend klar. Jedenfalls ist unbestritten, dass dazu sämtliche Vereinbarungen der Parteien zum bautechnischen Teil gehören. Dass neuerdings darüber gestritten wird, ob auch Änderungen zu den Baumständen und der Bauzeit dazu gehören ist richtig, rechtfertigt aber nicht die Schlussfolgerung, dass die Klausel deshalb intransparent sei. Diese Unklarheit ist vielmehr im Wege der Auslegung zu beheben (dazu oben unter Rdn. 22 ff.).

119 Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass das Änderungsrecht des § 1 Abs. 3 VOB/B, das Ausfluss des Gedankens von Treu und Glauben ist, den Besonderheiten des Baugeschehens Rechnung tragen will. Es ist aber gerade eine Eigenheit bei der Abwicklung von Bauverträgen, dass spätere Entwicklungen, denen dann durch ändernde Anordnung Rechnung getragen werden soll, nur schwer vorhergesehen und schon gar nicht vorausschauend präzise beschrieben werden können.

Die Klausel hält daher einer Inhaltskontrolle stand.¹⁸⁵

F. Wirksamkeit abändernder oder ergänzender AGB-Regelungen

120 Besonderer Aufmerksamkeit bedürfen aber alle Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die eine der Parteien versucht, ihre Position über die Regelungen in § 1 Abs. 3 und § 2 Abs. 5 VOB/B hinaus weiter zu verbessern. Die Annahme einer unange-

¹⁸² *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* B Einl VOB/B Rdn. 107 ff.

¹⁸³ BGH NJW 1971, 61.

¹⁸⁴ *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 3 Rdn. 15 unter Hinweis auf OLG Hamm 15. 5. 2001 21 U 4/00, BauR 2001, 1594.

¹⁸⁵ So auch *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* B § 1 Rdn. 101 ff.; *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 3 Rdn. 12 ff.; *Voit* in *Messerschmidt/Voit* § 1 VOB/B Rdn. 2 und Festschrift *Ganten* S. 261; *Leinemann* in *Leinemann* B § 1 Rdn. 46; *Roquette/Viering/Leupertz* Handbuch Bauzeit Rdn. 679; *Kapellmann/Schiffers* Bd 1 Rdn. 779; *Schulze-Hagen* Festschrift *Thode* S. 167, 171; *Thode* ZfBR 2004, 214, 218; *Vygen* Festschrift *Ganten* S. 243, 254.

Änderungen des Bauentwurfs

§ 1 Abs. 3

messenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB liegt insbesondere dann nahe, wenn der Auftraggeber die Zumutbarkeitsgrenze für das Anordnungsrecht zu verschieben versucht oder wenn er das in § 1 Abs. 3 und § 2 Abs. 5 VOB/B vorgesehene Äquivalenzverhältnis zu seinen Gunsten zu verändern sucht. Das ist der Fall, wenn der Anspruch auf volle Preisanpassung zu Lasten des Auftragnehmers verändert wird.¹⁸⁶ Das ist erst recht der Fall, wenn der Auftraggeber sich vorbehält, ändernde Anordnungen zu treffen, ohne den damit verbundenen Mehraufwand vergüten zu müssen.

Insoweit wird auf die Ausführungen zu vergütungsregelnden AGB-Klauseln unter § 2 Abs. 5 VOB/B unter Rdn. 124 verwiesen.

¹⁸⁶ von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt B § 1 Rdn. 103 m. w. N.

§ 1 Abs. 4 (Nicht vereinbarte Leistungen)

Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

Übersicht

	R.dn.		R.dn.
A. Sinn und Zweck der Regelung	1	III. Nur erforderliche Zusatzleistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist.	17
B. Die Ausübung des Anordnungsrechts durch den Auftraggeber	5	C. Auswirkungen im Haupt- und Subunternehmerverhältnis	19
I. Nur auf Verlangen des Auftraggebers	6	D. Rechtsfolgen der Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B	20
II. Beschränkung auf „erforderliche“ Zusatzleistungen	10	I. Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch	21
1. Bestimmung der „ohnehin geschuldeten“ Leistung	11	1. Zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B	21
2. Zusätzlich „erforderlich werdende Leistungen“	12	2. Vergütungsanspruch bei fehlender Anordnung	22
a) Keine von vornherein erforderliche und deshalb geschuldete Leistung	13	II. Auswirkungen auf die Vertragsfristen	23
b) Durch Änderungen des Bauentwurfs veranlasste Zusatzleistungen	14	E. Übertragung „anderer Leistungen“	24
c) Notwendig zur Herstellung der vollständigen Gesamtleistung	15	F. Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4 VOB/B	28
d) Vergessene Leistungsteile	16	G. Ergänzende Regelungen in AGB	29

A. Sinn und Zweck der Regelung

- 1 Die Vorschrift erscheint auf den ersten Blick einfach und praktikabel. Während § 1 Abs. 3 VOB/B dem Auftraggeber die Befugnis zu **einseitigen Änderungen des Bauentwurfs** einräumt, bei denen er sich zwangsläufig im Rahmen des ursprünglich erteilten Auftrags bewegt, wird ihm durch § 1 Abs. 4 VOB/B das Recht zugebilligt, auch die Ausführung nicht vereinbarter Leistungen – man spricht von **zusätzlichen Leistungen oder Zusatzleistungen**¹ – anzuordnen, die sich nachträglich als notwendig erweisen. Der Auftragnehmer ist diesem Anordnungsrecht nicht schutzlos ausgeliefert. Zum einen ist – wie noch zu erörtern sein wird – der Umfang dieses Anordnungsrechts begrenzt. Zum anderen muss die Vorschrift immer in Zusammenhang mit **§ 2 Abs. 6 VOB/B** gesehen werden, der die vergütungsrechtlichen Folgen derartiger Anordnungen regelt, damit das Äquivalenzverhältnis gewahrt bleibt.
- 2 Tatsächlich wirft die Regelung aber, auch weil sie **sprachlich nicht glücklich gefasst** ist, erhebliche Probleme auf. Unklar ist schon, was „nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden“ sein sollen. Der Auftragnehmer schuldet ein mangelfreies Werk, das sich – folgt man dem **funktionalen Herstellungs begriff**² – für die nach dem Vertrag vorausgesetzte bzw. die gewöhnliche Verwendung eignet, § 633 Abs. 2 BGB. Er muss daher von sich aus und ohne zusätzliche Anord-

¹ von Rintelen in *Kapellmann/Messerschmidt B* § 1 Rdn. 104.

² Dazu § 1 Abs 1 Rdn. 1.

Nicht vereinbarte Leistungen

§ 1 Abs. 4

nungen alle Leistungen erbringen, die „zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich“ sind bzw. werden, auch wenn diese im Vertrag – insbesondere im Leistungsverzeichnis – nicht aufgeführt sind.

Schwierigkeiten bereitet weiter die Abgrenzung der verschiedenen Arten von Leistungsänderungen und Leistungserweiterungen.³ § 1 Abs. 3 VOB/B spricht von „Änderungen des Bauentwurfs“, was – wie dargelegt – schon für sich erhebliche Auslegungsschwierigkeiten bereitet. Schwer zu bestimmen ist, wo die Grenze zu den „nicht vereinbarten Leistungen“ liegt, die nur nach § 1 Abs. 4 VOB/B angeordnet werden können. Bei den nicht vereinbarten Leistungen wird dann wiederum in § 1 Abs. 4 VOB/B unterschieden zwischen solchen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, und solchen, die zu diesem Zweck jedenfalls nicht erforderlich sind und deshalb auch nicht nach § 1 Abs. 4 VOB/B angeordnet werden können. Bei den Zusatzleistungen, die „zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden“ und im Prinzip nach § 1 Abs. 4 VOB/B angeordnet werden können, wird dann weiter differenziert zwischen solchen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. „Andere Leistungen“, also solche, die eigentlich vom Anordnungsrecht des § 1 Abs. 4 VOB/B nicht umfasst sind, können nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B dem Auftragnehmer gleichwohl „mit seiner Zustimmung übertragen“ werden. Hier unterwirft sich also der Auftragnehmer einer eigentlich vertragswidrigen Anordnung.

Schwierigkeiten bereitet auch die Bestimmung der Rechtsfolgen in § 2 Abs. 6 VOB/B, wonach sich die „Vergütung bestimmt nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.“⁴ Insoweit wird auf die Ausführungen zu § 2 Abs. 6 VOB/B verwiesen. Auch diese Vorschrift ist zu den Regelungen zu zählen, die schon Generationen von Baujuristen und Baubetrieblern ein auskömmliches Dasein beschert haben.

B. Die Ausübung des Anordnungsrechts durch den Auftraggeber

§ 1 Abs. 4 VOB/B räumt dem Auftraggeber das Recht ein, die Ausführung zusätzlicher Leistungen anzuordnen. Es handelt sich nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift um ein durch **einseitige Erklärung** auszuübendes „Leistungserweiterungsrecht“.⁵ Liegen die Voraussetzungen für die Anordnung vor, ist der Auftragnehmer zu ihrer Befolgung verpflichtet. Die Erweiterung seiner Leistungspflicht setzt nicht eine beiderseitige Willensübereinstimmung voraus, dem Auftragnehmer wird durch die Vorschrift auch kein entsprechender Kontrahierungszwang auferlegt, er muss der Auftragsenerweiterung auch nicht zustimmen.⁶ Er muss ihr – ist sie wirksam – nur folgen.

I. Nur auf Verlangen des Auftraggebers

Der Auftragnehmer ist zur Ausführung der zusätzlichen Leistungen nur „auf Verlangen des Auftraggebers“ verpflichtet. Die Zusatzleistungen müssen vom Auftraggeber also **bestimmt und eindeutig gefordert** werden. Ein lediglich unverbindlicher Wunsch oder die bloße Erörterung alternativer Ausführungsarten genügt nicht.⁷ Auf die Ausführungen zu § 1 Abs. 3 VOB/B unter Rdn. 6 wird verwiesen.

³ So auch *Kniffka/Koebler* S. 214.

⁴ *Kniffka* BauR 2012, 411, 417.

⁵ BGH 25. 1. 1996 VII ZR 233/94, NJW 1996, 1346 = BauR 1996, 378; BGH 27. 11. 2003 VII ZR 346/01, BauR 2004, 495; *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 4 Rdn. 2; *Kuffer* in *Heiermann/Riedl/Rusam* B § 1 Rdn. 124; *Leinemann* in *Leinemann* B § 1 Rdn. 63; *Thode* ZfBR 2004, 214; *Quack* ZfBR 2004, 107.

⁶ So noch *Jagenburg* in der Voraufgabe § 1 Nr. 4 Rdn. 3.

⁷ *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 4 Rdn. 4.

§ 1 Abs. 4

Nicht vereinbarte Leistungen

- 7 Eine Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B kann von einem **Vertreter** – etwa dem Architekten oder Bauleiter des Auftraggebers – nur abgegeben werden, wenn dieser über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vollmacht verfügt.⁸ Auch bei **Verträgen mit der öffentlichen Hand** oder den Kirchen ist immer zu prüfen, ob die leistungserweiternde Anordnung in einer den jeweiligen Vertretungsregeln entsprechenden Weise – wie sie sich etwa aus den Gemeindeordnungen ergeben – erteilt worden ist. Auf die Ausführungen zu § 1 Abs. 3 VOB/B unter Rdn. 9 ff. wird verwiesen.
- 8 Bei dem Verlangen des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 VOB/B handelt es sich um eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**, die allerdings **keiner Form** bedarf. Eine solche Anordnung kann im Einzelfall auch stillschweigend oder durch konkludentes Verhalten erklärt werden. Insoweit wird auf die Ausführungen zu § 1 Abs. 3 VOB/B (§ 1 Abs. 3 Rdn. 6) verwiesen. Eine leistungserweiternde Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B liegt aber nur dann vor, wenn das Verhalten des Auftraggebers aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers so zu verstehen ist, dass er eine zusätzliche Leistung verlangen will, die bislang nicht geschuldet war. Eine Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B liegt daher nicht vor, wenn der Auftraggeber auf der Ausführung einer Leistung besteht, die seiner Ansicht nach ohnehin zum vertraglichen Leistungsumfang gehört oder wenn er lediglich vermeintliche Mängelansprüche geltend macht.⁹
- 9 Der Auftragnehmer muss zusätzliche Leistungen **nur „auf Verlangen“** erbringen und das nur mit der in § 2 Abs. 6 VOB/B angeordneten Kostenfolge. Die Vorschrift berechtigt ihn daher nicht, **von sich aus Leistungen zu erbringen**, die er für erforderlich hält. Fehlt es an der erforderlichen Anordnung des Auftraggebers, können ihm aber Ansprüche aus § 2 Abs. 8 VOB/B bzw. GoA zustehen.

II. Beschränkung auf „erforderliche“ Zusatzleistungen

- 10 § 1 Abs. 3 VOB/B räumt dem Auftraggeber ein sehr weit reichendes Recht zu „Änderungen des Bauentwurfs“ ein, für die dann nach § 2 Abs. 5 VOB/B ein „neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“ ist. § 1 Abs. 4 VOB/B beschränkt das Recht zur Auftragsverlängerung – deutlich enger – auf Leistungen, die „erforderlich“ sind, wobei sich deren Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B „nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung“ bestimmen soll. Da somit die Anordnungen nach § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 4 VOB/B von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig sind und möglicherweise auch zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, ist eine genaue Abgrenzung (dazu oben zu § 1 Abs. 3 Rdn. 61 ff.) und eine präzise Bestimmung des Begriffs der „erforderlichen“ Zusatzleistung unerlässlich.

1. Bestimmung der „ohnehin geschuldeten“ Leistung

- 11 Die sprachliche Fassung der Vorschrift ist – wie schon oben erwähnt – nicht glücklich. Der Auftragnehmer ist – folgt man dem **funktionalen Herstellungsbegriff**¹⁰ – zur Herstellung eines mangelfreien Werkes verpflichtet, das sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte bzw. die gewöhnliche Verwendung eignet, § 633 Abs. 2 BGB. Er muss daher von sich aus alle Leistungen erbringen, die zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlich sind, auch wenn sich diese aus den Vertragsgrundlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, nicht entnehmen lassen.¹¹ Sind zur fachgerechten Ausführung eines Daches Dichtungsbah-

⁸ Keldungs in *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 4 Rdn. 4.

⁹ BGH 20. 12. 2010 VII ZR 77/10; OLG Frankfurt 16. 6. 2011 18 U 35/10, IBR 2011, 688 mit Anm. Oberhauser.

¹⁰ Dazu § 1 Abs. 1 Rdn. 1.

¹¹ BGH 20. 12. 2010 VII ZR 77/10.